

Jetzt wird es ernst

Im Blickpunkt: Fremdpersonal in Zeiten des neuen AÜG

Ein Gastbeitrag von Dr. Thilo Mahnhold



Herzstück der Neuregelung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist eine arbeitnehmerbezogene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten.

Es ist so weit! Das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ hat am 25.11.2016 den Bundesrat passiert und somit seine letzte Hürde genommen. Ab dem 01.04.2017, dem avisierten Tag des Inkrafttretens des Gesetzes, wird es ernst für Entleiher und Verleiher genau wie für Auftraggeber, Werkunternehmer, Soloselbständige und Provider von „Contracting-Modellen“. Inwiefern mitunter langjährige Strukturen des Fremdpersonaleinsatzes fortgelebt wer-

den können, wird nun zur drängenden Frage. Schnell stehen erprobte Geschäftsmodelle zur Disposition.

Was ist neu?

Die weitreichendsten Änderungen kommen auf die „echte“ Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zu. Herzstück der Neuregelung ist eine arbeitnehmerbezogene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten. Hiervon kann per

Tarifvertrag – wohlgerneht einem Tarifvertrag der Einsatzbranche – abgewichen werden, ohne dass das Gesetz eine Höchstgrenze vorsieht. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber können eine einschlägige tarifliche Regelung durch Betriebsvereinbarung/Dienstvereinbarung inhaltsgleich übernehmen. Bei Unterbrechungen des jeweiligen Einsatzes eines Leiharbeitnehmers von bis zu drei Monaten werden davor und danach liegende Zeiträume addiert. Wird die Überlassungshöchstdauer ▶

überschritten, wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert; der Leiharbeitnehmer hat jedoch ein Widerspruchsrecht.

Doch so heftig die Überlassungshöchstdauer im Gesetzgebungsverfahren diskutiert wurde, so wenig könnte sie in der Praxis relevant werden. Denn als „heimliche Überlassungshöchstdauer“ könnte sich die Regelung zum „Equal Pay“ erweisen. Fortan kann vom „Equal Pay“-Gebot tarifvertraglich nur noch in den ersten neun

„Zeiten der Überlassung vor dem 01.04.2017 sind hinsichtlich Überlassungshöchstdauer und ‚Equal Pay‘ nicht zu berücksichtigen. Damit wird die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten erstmals zum 01.10.2018 relevant.“

Monaten der Überlassung abgewichen werden. Längere Abweichungen sind durch Tarifvertrag nur möglich, wenn das Arbeitsentgelt durch Tarifvertrag bis zur Vollendung des 15. Monats der Überlassung stufenweise an das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der Einsatzbranche herangeführt wird. Auch insoweit werden Zeiten der Überlassung, die nicht mehr als drei Monate zurückliegen, zusammengerechnet. Da „Equal Pay“ nach neun Monaten sowohl für Entleiher als auch Verleiher einen erheblichen, zumindest bürokratischen Aufwand bedeutet, liegt nahe, die Überlassung von Leiharbeitnehmern nach Möglichkeit auf im Grundsatz neun Monate

zu begrenzen. Ferner ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als solcher zu bezeichnen (Kennzeichnungspflicht), und der jeweilige Leiharbeitnehmer ist vor seiner Überlassung zu konkretisieren (Konkretisierungspflicht). Daneben wird ein Streikbrecherverbot normiert.

Für Soloselbständige, Werkunternehmer (mit „eigenen“ Arbeitnehmern) und Provider im Selbständigen-Contracting (etwa das holländische Modell beim Interimsmanagement) kommt das Gesetz auf den ersten Blick recht unspektakulär daher. Der Arbeitsvertrag erhält in Abgrenzung zum Dienst-/Werkvertrag eine gesetzliche Definition (§ 611a BGB-E), die die bisherige Rechtsprechung abbildet. Damit ändert sich nichts. Gleichwohl beginnt ein neues Zeitalter für Werkunternehmer oder Provider, da diese Formen des Fremdpersonaleinsatzes nicht mehr durch eine vorsorgliche Verleiherlaubnis – den sogenannten Fallschirm – abgesichert werden können. Wie schon immer beim Einsatz von Soloselbständigen fehlt in derlei Dreieckskonstellationen künftig also der „doppelte Boden“. Es droht neben einer Ordnungswidrigkeit die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Einsatzunternehmen. Diese Rechtsfolge ordnet das Gesetz an, wenn gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht verstoßen wird. Dem Leiharbeitnehmer steht ein Widerspruchsrecht gegen die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zu.

Was ist wann von wem zu tun?

Den Takt, innerhalb dessen Unternehmen ihre Modelle des Fremdpersonaleinsatzes überprüfen müssen, geben die im Gesetzentwurf vorgesehenen Übergangsfristen vor. So sind Zeiten der Überlassung vor dem 01.04.2017 hinsichtlich Überlassungshöchstdauer und „Equal Pay“

nicht zu berücksichtigen. Damit wird die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten erstmals zum 01.10.2018 relevant, „Equal Pay“ bei entsprechender tarifvertraglicher Nutzung des Neunmonatszeitraums mit Wirkung zum 01.01.2018. Übergangsfristen für Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten sind nicht vorgesehen.

Damit bleibt für die Arbeitnehmerüberlassung aus rechtlicher Sicht noch etwas Luft, beispielsweise auch, um etwaige Tarifverhandlungen zur Abweichung von der Überlassungshöchstdauer abzuwarten. In einigen Einsatzbranchen zeichnen sich derlei Tarifverträge ab. Und den Kennzeichnungspflichten dürfte ohnehin in der Regel schon entsprochen werden. Ob alle eingesetzten Leiharbeitnehmer entsprechend konkretisiert sind, sollte jedoch vor Inkrafttreten des Gesetzes kontrolliert werden, und Versäumnisse sollten vorsorglich noch vor dem 01.04.2017 korrigiert werden. Hier lehrt die Praxis Vorsicht.

Für Modelle des Fremdpersonaleinsatzes, die über Provider (Selbständigen-Contracting), auf werk- oder dienstvertraglicher Basis (unter Einsatz von Arbeitnehmern des Werkunternehmers/Dienstleisters, insbesondere „Onsite-Werkverträge“) erfolgen, gibt es indes keine „gesetzliche Schonfrist“. Ab dem 01.04.2017 können sich Einsatzunternehmen nicht mehr mittels Fallschirmlösung vor den Rechtsfolgen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung schützen. Umso mehr Augenmerk ist auf die tatsächliche Durchführung des Fremdpersonaleinsatzes zu richten. Aus Sicht der Einsatzunternehmen gilt es, die aktuellen, häufig vielschichtigen Erscheinungsformen des Fremdpersonaleinsatzes zu erfassen, bereits ergriffene Strategien zur Vermeidung einer Eingliederung des Fremdpersonals in die eigene ►

Arbeitsorganisation zu überprüfen und gegebenenfalls zu optimieren. Je nach Erscheinungsform des Fremdpersonaleinsatzes kommen hier unterschiedliche, auch kombinierbare Präventivmaßnahmen in Betracht, wozu jedenfalls für die Schnittstellen von Eigen- und Fremdpersonal schriftliche Leitlinien und Schulungsmaßnahmen zählen sollten. Das gilt auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite gleichermaßen (s. im Einzelnen zu Präventivmaßnahmen Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, *Contractor Compliance*, S. 248 ff.).

Und auch mit Blick auf die Arbeitnehmerüberlassung wäre es verfehlt, sich auf der „gesetzlichen Schonfrist“ auszuruhen. Der 01.01.2018/01.10.2018 kommen bestimmt und bis dahin sind viele Überlegungen anzustellen. Das gilt nicht nur, wenn vor dem Hintergrund der Überlassungshöchstdauer und/oder „Equal Pay“ angesichts der hiermit verknüpften Flexibilitätseinschränkungen, des zusätzlichen Bürokratieaufwands und höherer Kosten Alternativen zur Arbeitnehmerüberlassung gesucht werden. Vielmehr gilt es auch, im Verhältnis Verleiher/Entleiher auszutarieren, wer für die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Überlassungshöchstdauer, „Equal Pay“ sowie den Konkretisierungspflichten verantwortlich und haftbar sein soll oder wie Entleiher und Verleiher insoweit zusammenwirken. Fernab einer vertraglichen Zuweisung von Haftungsrisiken, die häufig einer AGB-Kontrolle unterliegen wird und deshalb Risikosphären nicht einseitig verlagern kann, wird es hier auch organisatorischer Maßnahmen bedürfen. Mit Blick auf Konkretisierungspflicht und Überlassungshöchstdauer dürfte es angesichts der gesetzlichen Risikoverteilung (etwa Ordnungswidrigkeit auf Verleiher- und/oder Entleiherseite, Fiktion des Arbeitsverhältnisses bezüglich

Überlassungshöchstdauer) sinnvoll sein, wenn sowohl Entleiher als auch Verleiher Vorkehrungen treffen, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben überwachen und belegen zu können. Hinsichtlich „Equal Pay“ ist im Wesentlichen der Verleiher in der Pflicht, wobei der Entleiher überlegen sollte, sich zumindest Auskunftsrechte einräumen zu lassen. Denn leistet der Verleiher als Schuldner von Sozialversicherungsbeiträgen nicht, kann der Entleiher als selbstschuldnerischer Bürge in Anspruch genommen werden (§ 28e Abs. 2 SGB IV).

Alternativen?

Die Suche nach Möglichkeiten, wie an Arbeitnehmerüberlassungsmodellen trotz einer arbeitnehmerbezogenen Überlassungshöchstdauer und „Equal Pay“ festgehalten werden kann, hat längst begonnen. Rotationsmodelle rücken derzeit ins Zentrum der Diskussion. In diesen Modellen sollen Leiharbeiter (nach Plan) zwischenzeitlich bei anderen Entleihern zum Einsatz kommen, ehe sie wieder zum ersten Entleiher zurückkehren. Der Wortlaut des Gesetzes steht solchen Modellen nicht entgegen, solange zwischen Ausscheiden und Rückkehr mindestens drei Monate liegen. Die Uhr beginnt hinsichtlich Überlassungsdauer und „Equal Pay“ neu zu ticken. Doch der gesetzlichen Intention, einer dauerhaften Substitution der Stammelegschaft entgegenzuwirken, laufen solche Modelle schnell zuwider. Je institutionalisierter das Rotationsmodell ausgestaltet ist (etwa zwischen Konzernunternehmen, mehrfaches und dauerhaftes Hin- und Herwechseln zwischen denselben Unternehmen), desto greifbarer wird der Konflikt mit dem gesetzlich gewollten Schutz von Stammelegschaften. Richterrechtliche Korrekturen solcher Modelle

etwa unter Verweis auf einen institutionellen Rechtsmissbrauch sind zumindest denkbar. Insoweit bleibt die Rechtsentwicklung abzuwarten.

Angesichts solcher Risiken darf es nicht überraschen, wenn Outsourcingmodelle, also die Fremdvergabe von Aufträgen auf werk- oder dienstvertraglicher Grundlage, trotz der hitzigen Diskussion um Scheinwerkverträge zukünftig weiter zunehmen. Auch wenn der „doppelte Boden“ des Fallschirms nicht mehr zur Verfügung steht, bleiben solche Modelle in vielen Konstellationen beherrschbar, jedenfalls dann, wenn Strategien zur Prävention einer Statusverfehlung ergriffen werden. Dass die gesetzliche Neuregelung hingegen zu einem Aufbau der Stammelegschaften der Einsatzunternehmen führt, dürfte indes im Großen und Ganzen nicht mehr als politische Hoffnung sein. ◀

Hinweis der Redaktion:

Vertiefende Darstellungen für die Unternehmenspraxis finden Sie in dem aktuell erschienenen Buch Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance – Haftungsprävention und Fallmanagement beim Einsatz von Fremdpersonal, Heidelberg 2016. (tw)



Dr. Thilo Mahnhold,
Rechtsanwalt, Partner, Justem Rechtsanwälte,
Frankfurt am Main

t.mahnhold@justem.de
www.justem.de